

新株発行と取締役会 決議無効確認の訴え

—Mangusta/Commerzbank 第2事件判決
(BGHZ 164, 249) を機縁として

伊 藤 雄 司

I. はじめに

株式会社における新株発行は、株主の利害に重大な影響を与えうる。すなわち、第1に、払込金額が適切に定められずに新株が発行された場合、株主は株式価値の低下という形の損害を被る。第2に、払込金額が仮に適切に定められたとしても、株主割当によらない新株発行がなされた場合には、株主は持株割合の低下という影響を受けることになる。このため、会社法は、公開会社についてみると、新株を第三者に対して「特に有利な金額で」発行する場合には株主総会の特別決議を要求している。また、株主は、新株発行がなされる前の段階においては、法令・定款に違反し、または、著しく不公正な方法による新株発行に対して差止請求権を有し、また、新株発行がなされた後においては、発行無効の訴えを提起することができる。

ただ、問題は、新株発行無効事由は判例上きわめて限定的に解釈されているため、新株発行がなされた後において株主が法的措置を講じうる可能性が限られることである。また、特に持株割合の低下という損害については、損害賠償による救済も困難である。

そこで、新株発行無効の訴えの他に、新株発行を決定した会社機関の決

定を捉えて、当該決議の無効確認の訴えを株主が提起するということは考えられないであろうか。このような訴えは、新株発行無効の訴えが法定されている以上、新株発行の無効を来すものではなく、問題の直接的な解決をもたらすものではない。しかし、場合によっては、株主は、機関決定の違法性自体の確定に対して関心を有していることもあるであろう。実は、最近のドイツ連邦通常裁判所判決（Mangusuta/Commerzbank 第2事件判決）は、このような観点から、新株発行を決定した取締役決議の無効確認の訴えの適法性を認めている。本稿においては、この判決の紹介を通じて、上記の問題を考察することとしたい。

Ⅱ．ドイツ法

1. 新株発行規整の概要

まず最初に、ドイツにおける新株発行規整の概要について簡単に整理しておくことにしたい。

1) 通常の資本増加

ドイツにおいては、出資を伴う新株発行による資本増加は、株主総会決議によって行うこととされる⁽¹⁾。株式法上、株主には新株引受権が認められているが⁽²⁾、資本増加の株主総会決議において、その全部または一部を排除することが可能である⁽³⁾。引受権排除の決議を行うためには、その旨を会社公告紙に公告する必要がある⁽⁴⁾。以上を講学上、通常の資本増加と称する。通常の資本増加の手続において、株主の新株引受権を排除するためには、上述の株主総会決議が存在しさえすればよいのかという問題については、普通商法典の時期から学説上争われてきた⁽⁵⁾。しかし、現在では、1978年の連邦通常裁判所判決（Kali + Salz 判決）が⁽⁶⁾、この問題についての先例として機能している。それによると、以下のように説明される。すなわち、株主保護についての新株引受権の重要性から、明文はないものの、総会決議

という形式的な要件の他に、実質的要件として、新株引受権の排除について事実に基づいた正当化 (sachlicher Rechtsfertigung) が必要である。具体的には、引受権排除が、①会社の利益に合致する目的に奉仕するものであり、②意図した目的に適切かつ必要であり、さらに③相当である場合に、正当化事由が存在するものとされる⁽⁷⁾。なお、これに関連して、1978年の株式法改正において、次の規整が導入されている。すなわち、引受権排除を行う株主総会決議にあたっては、取締役は、引受権排除の理由と発行価額についての根拠を含んだ書面による報告を株主総会に提出しなければならない⁽⁸⁾。

2) 認可資本

上記の通常の資本増加による新株発行の他に、ドイツ株式法は202条以下において、認可資本の制度を定めている。この制度は、定款において5年以内の期間を定めて、当該期間内に一定の公称額まで新株発行によって資本増加を行うことを取締役に授権することを可能とするものである。授権は、原始定款によることも可能であるが、さらに、総会決議による定款変更によって行うことも可能である⁽⁹⁾。

この認可資本に基づく資本増加においても、通常の資本増加の場合と同様、株主の新株引受権を排除することができる。新株引受権の排除は、まず、取締役に対する授権を行う定款変更の株主総会決議において行うことができる (直接排除)⁽¹⁰⁾。この場合、取締役は認可資本に基づく新株発行をどの程度行うかという点については決定権を有するものの、新株発行を行う場合には、必ず新株引受権を排除しなければならない⁽¹¹⁾。他方、株主総会における定款変更決議 (または原始定款) においては、引受権を排除した新株発行を行うかどうかについての決定を取締役に対して委ねることも可能である⁽¹²⁾。

株主総会における認可資本創設のための定款変更決議 (以下、授権決議

ということがある)において株主の新株引受権を直接に排除する場合においても、また、取締役が新株引受権の排除についての決定を委ねる場合においても、株主総会決議にあたっては、通常の資本増加におけるのと同様、引受権排除についての公告が必要である。また、1978年の株式法改正によって、取締役が株主総会に対して引受権排除の根拠⁽¹³⁾についての書面による報告を提出すべきことも定められた。

ところで、通常の資本増加において、新株引受権を排除する株主総会決議には、引受権排除についての正当化事由が必要とされるのはすでに紹介したとおりであるが、認可資本の場合にはどのように解されるのであろうか。認可資本制度の下では、直接排除の場合にも、排除について取締役が授権を行う場合にも、基本となる決定を株主総会が行い、その後、取締役が、新株発行の実行について決定を行うという構造になっているため、正当化事由の存在を要求すべきかという問題についても、株主総会決議と取締役決議の双方について検討する必要があることになろう。この問題については、判例の変遷がある。そして、この変遷は、冒頭で言及した *Mangusta/Commerzbank* 第2事件判決の理解にとって、重要な基礎を提供すると思われるので、以下において順次紹介することとしたい。

2. Holzmann 判決

認可資本制度に基づく新株発行において、株主の新株引受権を排除するには、通常の資本増加による新株発行の場合と同様、何らかの正当化事由が要求されるか。この点については、認可資本制度の導入当初においては、認可資本がいわゆる貯蔵株 (Vorratsaktie) の代用として説明されたこともあり、必ずしも明らかではなかった。⁽¹⁴⁾しかし、通常の資本増加の場合について、引受権排除の株主総会決議に正当化事由を必要であるとした前述の *Kali + Salz* 判決以降、認可資本による新株発行についても、同じく正当化事由の存在が必要であることについて、学説上は、ほぼ見解の一致をみ

たようである。⁽¹⁵⁾次に紹介する Holzmann 判決は、連邦通常裁判所がこのような学説の見解と同じ立場に立つことを明らかにしたものである。

BGH Urt. v. 19.4.1982, BGHZ 83, 319 (Holzmann 判決)⁽¹⁶⁾

事実の概要

X（原告）はY株式会社（被告）の株主である。Y社は1980年7月10日の株主総会において、基本資本の増加決議のほか、1985年7月30日までに、必要な場合には株主の引受権を排除して、基本資本をさらに250万マルク増加することを取締役に授権する旨の認可資本創設のための定款変更決議を行った。引受権排除が必要となる可能性があることについての理由については、株主総会招集通知に添付された報告書において、「外国における活動の拡大との関連で、会社の利益のために、監査役会の同意を得て、引受権を……排除することが賢明であると思われるような事態が考えられる」とされていた。

Xは、決議取消を求めて訴えを提起したが、第1審は訴えを退けた。Xが飛越上告。

判旨 破棄自判、決議取消。

連邦通常裁判所は、取締役に対する新株引受権排除の授権について、決議を取り消す旨の判決を行っている。判旨は、「資本増加の際に株式法186条3項によって株主の引受権を排除することが許されるのは、決議の時点の判断で、引受権を排除される株主にとっての結果を正当に考慮しても、会社の利益のために、これが正当化される場合であり、そのためには利益の比較考量と手段と目的の相当性が必要である」との Kali + Salz 事件判決の判示を引用した上で、「この法的思考は、……通常の資本増加のみならず、……認可資本による資金調達にも当てはまる」として、次のように述べている。

「このことは、まず、株式法203条2項に基づく授權を取締役が行使することが許されるのも次の場合であるということの意味する。すなわち、引受権排除が優越する会社利益を追求するための適切かつ最良の手段であるということについて、取締役が、義務に合致した事業経営者としての検討によって確信することができる場合である。その際に問題となっているのは、取締役に対する授權を実質的に限定するところの引受権排除の（書かれざる）有効要件である。」⁽¹⁷⁾

「しかし、……関係株主にとって引受権排除がはらむ危険のため、取締役に株主の権利に対するそのような重大な侵害について授權すべきかどうかを株主総会が決定する段階ですでに事実に基づいた注意深い検討が必要である。……なぜならば、仮にそうでないとすれば、引受権を排除された株主にとって予期される不利益がより重要な会社の利益のために甘受されるべきであるかどうかについての考量と決定が、十分な理由なしに一時的に完全に経営陣に委ねられることになるからである。……むしろ、取締役が授權の期間内に会社の利益のために引受権排除による資本増加を実行せざるを得ないようなことがあり得るということことを予見させる一定の事実が、株主総会決議の際にすでに存在していなければならない。この点において、株式法203条2項2文による株主総会決議も事実に基づく正当化（sachlicher Rechtsfertigung）を必要とする……。」⁽¹⁸⁾

もっとも、新株引受権の排除を株主総会決議において取締役に授權する場合、株主総会決議の時点と実際に取締役が新株引受権の排除の決定を行う時点が異なることから、株主総会自身が直接に新株引受権排除を行う場合と同様の基準で授權決議の正当性を判断することが妥当であるかは疑問もあり得る。この点について、判旨は次のように述べる。

「……株式法203条2項による授權についての事実に基づく正当化は、…

…引受権排除のための根拠が事前に予見できないことから不可能であるとの見解は妥当でない。……[確かに] 経営陣が……，場合によっては引受権を排除することによってのみ有効になし得る特定の措置をすでに視野に入れていながら，個別的な事柄の詳細や当該措置の対象の選択がまだはつきりしていない場合や，会社の利益のために当面のところ秘密にしなければならないことは，しばしばある。……このような場合に，[株主総会による直接排除において要求されているのと] 同じ要求を株式法203条2項の授權決議に課すとすれば……，取締役が事業の状況に迅速に対応することを可能にするという認可資本の目的は，引受権の排除が必要である場合には，危うくなることになる。……したがって，会社の現在の状況とその将来の構想についての状況から，以下の点についての具体的な根拠が存在するということと十分である。すなわち，新株発行を引受権を排除して行うことが取締役に対する授權期間内に必要であり，かつ関係株主の利益を顧慮しても是認できるということについての具体的な根拠である。事実に関する根拠によって正当化されるべきであるのは，株式法203条2項による授權であって，引受権排除自体ではない。」⁽¹⁹⁾

本件判旨は，Kali + Salz 事件において引受権排除のために必要とされた正当化事由が，認可資本による資本増加においても基本的に必要である旨を判示したものである。判旨においては，次の2つの点が明らかにされた。

1つは，引受権排除についての正当化事由は，取締役が実際に引受権排除の授權を行使する場合において必要とされるが，それだけではなく，株主総会において取締役に対する授權の決議を行うに際しても必要であるということである。このような判示は，すでに述べたように，当時の学説の大勢に沿うものであった。本判決により，引受権排除の株主総会決議における取締役の報告義務と結びついて，取締役は，引受権排除の正当化事由について，総会において開示する義務を負うことになった。⁽²⁰⁾

もう1つは、株主総会決議についての正当化事由は、どのレベルのものである必要があるかという点についてである。これについては、本判決以前には、Kali + Salz 事件の基準が取締役に対する新株引受権排除についての授權決議に対してそのまま妥当するのかについて、学説上も見解の対立があった。一方では、これを肯定する見解が存在しており⁽²¹⁾、他方では、授權の段階で引受権排除自体の正当化事由を要求するのは厳格に過ぎるとして、より緩和した基準を提唱する見解も存在した⁽²²⁾。本件判旨は、基本的に後者の見解を採用し、引受権排除の授權についての正当化事由の存在で足りているとしている。

このように、本件判旨は、認可資本に基づく取締役に対する新株引受権排除の授權について、Kali + Salz 事件よりはその要件を緩和するものであった。しかし、それでも、この基準が、引受権排除の必要性が予想されることについての具体的な根拠を授權決議の段階で示すことを要求している点は、重要であると思われる。少なくとも、本件のように国外の事業展開の必要性といった抽象的な根拠を示すだけでは引受権の排除を行うことはできないことになる⁽²³⁾。本判決の後、連邦通常裁判所は、1995年の決定において、この点について、本判決を引用しつつ、より明確な定式化を行っている。すなわち、次のように述べる。

「引受権排除の要件は株主総会がこれについて終局的な判断がなし得る程度に具体的に確定し、かつ、公表されていなければならない」⁽²⁴⁾

このように、本判決の規整の下では、株主総会による取締役に対する授權決議の段階で正当化事由が具体的に存在しなければならず、また、決議に際してこの正当化事由について報告がなされなければならないことになる。このことは、引受権排除の正当性について疑問がある株主は、株主総会決議の取消や無効確認の訴えを提起することによって、実際に取締役に

よって授權が行使される前に、新株発行の妥当性を争うことが可能であることを意味する。本判決は、株主の保護を重視する当時の学説において大方の賛成を得ている⁽²⁵⁾。しかし、本判決以降、引受権排除の授權を行った株主総会決議の取消訴訟が頻発することになった⁽²⁶⁾。そこで、次のような批判も他方で加えられた。すなわち、ごくわずかな株式しか有していない株主による濫用的な訴訟を誘発するとの批判、また、授權決議の時点で、具体的な正当化事由の存在を要求することが、取締役による柔軟かつ迅速な対応を不可能にし、認可資本制度の趣旨を損なうとの批判である⁽²⁷⁾。Holzmann 判決の厳格な要求によって、認可資本制度が実務上ほとんど利用できない状況が生じたとの評価もある⁽²⁸⁾。

3. Siemens/Nold 判決

Holzmann 判決に対する批判を受けて、連邦通常裁判所は、判例を変更するに至る。

BGH Urt. v. 23.7.1997 BGHZ 136, 133 (Siemens/Nold 判決)

事実の概要

Y 株式会社（被告）の株主総会は、1991年3月28日の株主総会において、認可資本制度に基づき、取締役が株主の新株引受権を排除して新株発行を行うことの授權を行った⁽²⁹⁾。株主総会に提出された取締役の報告書には、引受権排除の理由として、従業員に対する株式の提供の他、「適切と考えられる個別の場合に、Y社の普通株式の譲渡と引き替えに「他の企業に対する」資本参加を行う可能性」があることが挙げられていた。Y社の株主であるX（原告）は、決議の取消を求めて提訴。第一審は、取消を認容。原審も第一審判決を維持したため、Y社上告。

判旨 破棄自判，請求棄却。

判旨は、「引受権排除の要件は、決議の時点において、株主総会がこれを最終的に判断できる程度に具体的に確定し、開示されなければならない」との Holzmann 判決以降の連邦通常裁判所判例の基準に従うならば「資本参加の可能性」という本件における引受権排除の理由は、この基準を満たしていないとした上で、これまでの判例の基準が過度に厳格で实际的ではないとしている。⁽³⁰⁾「国内市場と国際市場において、有利な買収案件やその他の機会に迅速かつ効果的に対応し、また……事業を拡大する可能性を会社と株主の利益のために享受することができるためには、会社には柔軟性が必要とされるが、上述の「判例における」要求は、この柔軟性を認可資本制度から奪うものである」⁽³¹⁾というのである。そして、このことは、株主総会自体が新株引受権の排除を行う直接排除の場合についても、また、新株引受権排除の決定について取締役に対して授權する場合についても妥当するとしている。その上で、判旨は、次のように述べて、引受権排除の正当化に関する新たな基準を定立した。

「当法廷は、引受権排除または取締役に対する引受権排除の授權を伴う認可資本を現物出資によって用いることが許されるための要件を、会社とその株主の相応の利益（wohlverstandenen Interesse）において新たに規定することが必要であると考える。」⁽³²⁾

「取締役が実行を授權される措置は、一般的な形で表現され、この形式において総会に通知されなければならない。さらにその措置は会社の利益のためのものでなければならない。

株主総会自身が引受権を排除し、株主総会に計画されている行動の特定の個別的状況が知らされている場合には、株主総会は、引受権排除が会社の利益において正当化されるかどうかを、株主総会に知らされた事実に基づいて検証し肯定しなければならない。……〔他方、〕一本件のように一株主総会に対して抽象的に表現された計画の他には何の事実も知らされて

いない場合には、株主総会はこの検討を抽象的に表現された状況に合わせて行わなければならない。いずれの場合にも、取締役は自己の経営者としての裁量の枠組みにおいて、取締役のみが知っている完全な事実が、株主の引受権排除を含むところの株主総会決議の実行を会社の利益において正当化するかどうかについて注意深く検討する義務を負う。」⁽³³⁾

「株主総会が取締役に引受権排除を授権した場合にも、同様に決定されなければならない。この場合には、取締役は、固有の責任において、株主の引受権排除が会社の利益にかなうものであるかを企業の見地から検証しなければならない。この問題が、総合的状況の注意深く誠実な検証に基づいて、肯定される場合には、取締役は、その業務執行義務の履行として、授権を行使することができる。」⁽³⁴⁾

「このようにして、株主総会は、取締役によって説明された計画の抽象的に描写された要件をもとにして、認可資本の作出にあたって引受権の排除が正当化されるか、あるいは、そのような措置を取締役に授権されるべきかを判断するという状態におかれるのである。この手続は、会社をして会社持分の投入によって会社の利益になるように迅速かつ柔軟にマーケットチャンスを活用できるようにするという認可資本に関する規定の目的にかなうものである。株主総会決議の成就是、この場合、法律または定款が規定する特別多数が達成されたかどうかということだけによるものではない。むしろ、取締役は、この要件の下で、授権の実行に際して遵守されなければならない具体的な要求に拘束されている：計画の実現は、定款が予定する企業目的と調和しなければならないのである。この調和が達成されるのは、基礎となる具体的な事実が計画の抽象的な描写と合致する場合だけである。さらに取締役は、実行が相応の会社の利益にかなうものである場合にのみ授権を行使することが許される。取締役は、この要件の実現を彼の経営裁量の枠内において注意深く検証しなければならない。」

判旨の意義は、おおよそ次の2点に求められる。

第1に、Holzmann 判決の準則を放棄し、認可資本における引受権排除ないしその授権の理由については、抽象的な報告で足りるとしたことである。判旨の表現を借りれば、授権の対象である措置は「会社の利益」に合致したものである必要があるが、それ以上の要求は明示的には課されていない。⁽³⁵⁾

第2に、取締役は授権を実行する際に、自らの責任において、授権の実行が正当化されるかを改めて検討する必要がある。その際に、取締役は、当該措置が①定款が予定する企業目的と調和したものであるか、また、②会社の相応の利益にかなうものであるか、について確認する義務を負っている。

本件判旨は、実質的には、引受権排除についての正当化事由が存在すべき時期を株主総会決議の時点から取締役による授権行使の決定の時点に移動させたものといえることができる。⁽³⁶⁾ 実際、本判決以降、株主総会決議に際して取締役からなされる報告は形式的なものにとどまることとなった。Happ の指摘によると、引受権排除の理由についての報告は、本判決以降、ステレオタイプかつ同一の雛形による本判決の個々の文言と基本的に変わらない表現が用いられることとなったという。⁽³⁷⁾ その結果、認可資本の利用は顕著に増加したのであり、⁽³⁸⁾ 本判決に対しては、「株式法が予定した認可資本制度の機能を再び充足できるようになった」と好意的な評価も寄せられている。⁽³⁹⁾

しかし、他方で、本判決に対しては、「株主がいかなる手続的方法によって、経営陣の義務履行を確保できるか定かではな」⁽⁴⁰⁾ くなったとの指摘もなされている。これは次のような事情に由来する。すなわち、Holzmann 判決の規整の下では、株主総会決議の段階で引受権排除について正当化事由が具体的なレベルで存在しなければならないため、引受権排除に不満が

ある株主は、当該決議の取消ないし無効確認という形で引受権排除の適法性を争うことが可能であった。実際、本判決以前においては、引受権を排除した認可資本創設の有効性は、少なくとも連邦通常裁判所判例を見る限り、引受権を排除する総会決議または取締役に引受権排除を授権する決議の取消訴訟として争われてきたと指摘されている。⁽⁴¹⁾しかし、Siemens/Nold 判決によって、引受権排除の正当化事由の存否の判断の比重が認可資本の行使段階に移動したことにより、⁽⁴²⁾総会決議取消訴訟によって引受権排除の妥当性を株主が争うことが、事実上不可能となったのである。⁽⁴³⁾

もっとも、この問題については、Siemens/Nold 判決も認識している。判旨は、取締役が授権の行使が正当化されるかについて判断すべき注意義務を負うとした上で、この注意義務の履行を確保するための手段として、次のような判示を行っている。

「この〔取締役に対する〕拘束の順守は、監査役会と株主総会の監督に服する。株式法204条〔1項〕2文によれば、引受権排除に関する取締役の決定は監査役会の同意を必要とする。取締役が与えられた授権を行使した場合には、取締役は彼の行動の詳細について次の通常株主総会で報告しなければならない、また、説明と回答の義務を負う。もし取締役が自らに課せられた義務に違反した場合には、免責を拒絶されることがあり得る。取締役がその職務上の義務に違反して授権決議の指示に従わなかった場合には、さらに株式法93条2項によって損害賠償の給付を求められることがあり得る。さらに、取締役は、次のことも覚悟しなければならない。すなわち、自己の行動が義務に反していることについて、会社を被告とする確認訴訟や―〔提訴時点で〕まだ可能であれば―差止訴訟の対象となるということ（BGHZ 83, 122, 133ff.〔Holzmüller 判決〕参照）。」⁽⁴⁴⁾

Siemens/Nold 判決があげる取締役の義務履行確保のための手段は、次

の4つである。第1に、取締役の決定について監査役会の同意を要求する株式法の規整、第2に、増資後の株主総会における取締役の報告と、その後の取締役の免責の拒絶、第3に、義務に違反した取締役に對する会社の損害賠償請求権、第4に、取締役の義務違反についての確認ないし差止訴訟⁽⁴⁵⁾である。これらについては、しかし、必ずしも有効な株主保護の手段とはなり得ないとの批判もなされた。⁽⁴⁶⁾

第1の点について。監査役会による監督を過大評価することはできないと指摘されている。なぜならば、本判決が念頭に置く「迅速かつ柔軟に」資本増加がなされなければならないような場合には特に、監査役会が詳細な事実を早い段階で判断の要素とすることがしばしば妨げられるし、監査役会は自らの判断を行うことは通常できず、取締役とその同僚や助言者の述べることを信頼するしかないからである。さらに、監査役会は、企業利益を擁護することが第一義的な任務であり、企業の利益と株主の利益の衡量には、必ずしも適していないこと、この傾向は、労働者代表の監査役会構成員の場合に特に強まることも理由として挙げられている。⁽⁴⁷⁾

第2の点について。判旨は、授權行使直後の通常株主総会において取締役はこれについて報告の義務を負うとしているが、事前に報告すべきことは求めていない。このような場合には、株主総会に出席した株主のみが増資の詳細を知ることとなって、監督可能性が著しく減殺されることになると指摘されている。さらに、免責の拒絶という方法についても、免責決議は普通決議事項であり、また、当該決議には実質的な正当化事由の存在も必要ではないことから、少数派保護の手段としては不適當であると指摘される。⁽⁴⁸⁾

第3の点について。判旨は、株式法93条2項に基づく損害賠償請求権にのみ言及している。しかし、この規定によって回復されうるのは、会社の損害のみであり、株主が会社の損害とは独立して被った損害については回復がなされないままであることになる。また、会社の損害についても、株

式法93条2項による賠償請求権の行使を決定するのは監査役会であるが、認可資本制度においては、資本増加の決定に監査役会自身関与しており、会社の利益にしたがって監査役会が行動することは、この点からも期待できない。少数株主による賠償請求権の行使も、せいぜいのところ株主数の少ない非上場の会社においてなされうるにすぎないと指摘されている⁽⁴⁹⁾。

第4の点について。特に重要な指摘として次のようなものがある。すなわち、引受権を排除した資本増加という、事実の点からも法的な点からも複雑な問題をはらむ事案については、確認訴訟も、差止訴訟も手続にかかる時間が長すぎて、資本増加の実行を妨げるには時機を失することになる。そこで、引受権侵害に対する予防的な保護については、仮の権利保護手続が考えられるにすぎないが、取締役が資本増加についての報告を行うのが資本増加後の株主総会であることから、株主は、差止めの仮処分を得るための十分な情報を入手することが困難であり、実際上の意義に乏しい⁽⁵⁰⁾。この指摘においては、確認訴訟については、資本増加が実行された後においては確認の利益がなくなることが前提とされている⁽⁵¹⁾。その根拠は、資本増加は登記によって確定的に有効となり、取締役決議の無効は資本増加の無効をもたらさないことにある。すなわち、Happ は、次のように述べている。

「[取締役決議または監査役会決議の無効の確認を求める] 申立も、資本増加が登記された場合には、遅きに失することになる (zu spät kommen)」⁽⁵²⁾

このように、Siemens/Nold 判決の規整の下では、必ずしも、株主の保護が十分に図ることができないとの問題意識からは、次のような見解も有力に主張された。すなわち、取締役が授権を行使して、実際に引受権排除を伴う新株発行を行う際には、株式法186条4項2文の類推適用により、通常の新株発行の場合と同様に、取締役は授権の行使に際して事前の報告

義務を負うというのである。⁽⁵³⁾このような見解の意図は、取締役の授權行使の段階で、株主に新株発行についての情報を提供し、株主に新株発行の差止訴訟を行う機会と時間的余裕を与えることにあったと思われる。⁽⁵⁴⁾

4. Mangusta/Commerzbank 第2事件判決

連邦通常裁判所は、2005年10月10日の2つの判決において、資本増加の際の意思決定の柔軟性を重視する Siemens/Nold 判決の方向性を維持する (Mangusta/Commerzbank 第1事件判決) 一方で、事後的な株主の権利保護手段の可能性を取締役会決議無効確認の訴えに求めた (Mangusta/Commerzbank 第2事件判決)。以下では、後者の判決について紹介する。

BGH Ur. v.10.10.2005, BGHZ 164, 249 (Mangusta/Commerzbank 第2事件判決)

事実の概要

Y株式会社(被告)は、株式を上場する大銀行であり、X(原告)は、Y社の株主である。1997年と1999年に開催されたY社株主総会は、株主の新株引受権排除についての取締役に対する授權を伴う認可資本創設の決議を行った。これに基づきY社取締役は、2000年9月に、監査役会の同意を得て、株主の新株引受権を排除して資本増加を行うことを決議した。Xは、引受権排除の理由と発行価額についての根拠を株主に対して文書で報告しない限り、資本増加の登記を差止める旨の仮処分の申立を行ったが、認められず、資本増加は実行され、登記がなされている。これに対して、Xは、主位的請求として、取締役の資本増加決議と、これに対する監査役会の同意決議の無効宣言(取消)を、また、予備的請求として、これらの決議の無効確認を請求した。第一審、第二審とも、Xの請求を退けたため、Xが上告。

判旨 破棄差戻し。

連邦通常裁判所は、Xの主位的請求を退けた原審の判断は支持したが、予備的請求については上告を理由があるものとして、原審に差戻しを行っている。

まず、判旨は、Xの主位的請求について、株主総会決議取消訴訟の規定を取締役決議に類推適用することはできないとしている。

「個々の株主が株式法248条の直接的形成効をもって経営陣の行動に介入することができるような取消訴訟を認めることは、現行株式会社法の体系を破壊する結果となる。……株式法は、……業務執行の権利と義務を取締役にのみ割り当てている；これに対して、株主総会は法律が規定する場合を除いて、業務執行措置に関与したり、これに対して影響力を行使したりすることは認められていない。この『権力分配』の体系は、取締役のコントロールを監査役会に義務づけている。」⁽⁵⁵⁾

これに対して、判旨は、株主が一般的確認訴訟（allgemeine Feststellungsklage）の形式により取締役決議の無効確認を求めることは認められるとして、Xの予備的請求を適法であるとした。

「Xの確認請求は、ドイツ民事訴訟法256条1項による一般的確認訴訟としては許されるものであり、商業登記簿への資本増加の登記と新株の発行の後においても適法である。」⁽⁵⁶⁾

「経営陣の行為の無効の確認を求める会社に対する申立は、確かに、当事者間の直接の法律関係に関するものではない。しかし、……ドイツ民事訴訟法256条に基づく訴えは、一当法廷が同じく既にBGHZ 83, 122, 125ff. [Holzmüller 判決] において決定したように一次のような場合には、被告と第三者との間における法律関係の存在または不存在の確認を求めて提起

されることもできるのである。すなわち、その場合とは、当該法律関係が、両当事者間の法律関係にとっても同時に意味を有し、原告が被告と第三者との間の法律関係の即時の明確化に法的利益を有し、株式会社がそのような争訟に決着をつけることを排除する規整を設けていない場合である。」⁽⁵⁷⁾

「認可資本の行使にあたって、経営機関の引受権排除を伴う資本増加決議が違法であり、結果として、個々の株主の共同経営権や財産権の侵害をはじめとする単独社員権の侵害がなされたという主張がなされている場合にも、この種の状況は……、通常、存在する。そのような場合における……原告の問いは、同人の株主としての地位にかかわるものであり、したがって、同人の会社に対する法律関係にかかわるものである。なぜならば、会社との間で、決議の無効が確認され、これによって経営陣の行為の違法性が確認されるならば、株主は、会社機関が、このこと〔確認判決〕から必要な帰結を導き出すであろうとの正当な見込みを有することになるからである。すなわち、取締役と監査役会が法律及び授權決議が予定した枠組みを超えて義務に反して認可資本を使用するならば、彼らはこのことを会社の機関として行ったのであり、法律と定款によっては帰属していない権限を行使したのである。したがって、〔この場合〕会社は次のことを行わなければならない。すなわち、会社の機関を通じて弊害を除去し、付与された授權を再び行使する際にドイツ基本法14条の保護する株主の社員権の（再度の）侵害が将来なされ……ないようにするか、あるいは、既に損害が生じている場合にはこれが補償されるようにすることによって、関係株主の要求をかなえることである（BGHZ 83, 122, 126, 134（Holzmüller 判決）参照）。しかし、会社が確認判決にもかかわらず、事実上作り出された状態を原告株主の不利益において維持しようとする場合には、このことは、具体的な二次的請求権を株主が訴訟によって行使する基礎を形成し、取締役及び監査役の免責の拒絶や監査役会構成員の解任（株式法103条）や株式法147条による賠償請求権の行使といった株主総会における適切な

提案を株主が行うことを正当化しうる。」⁽⁵⁸⁾

「[Xの主張によると] 2000年9月1日に決議された引受権排除を伴う資本増加は、平等原則と法の規定する希釈化保護（株式法255条2項参照）に対する違反という観点から既に違法であるが、特に、違法な引受権排除自体から違法であったのであり、したがって、原告の社員資格に基づく財産権と支配権、とりわけ、適法な排除がなければ原告に帰属する引受権（株式法203条1項1文、186条1項1文参照）と配当受領権（Dividendenbezugsrecht）を不当に侵害したとされる。これによって、Xは、無効確認請求の適法要件の立証を果たしている。」⁽⁵⁹⁾

「ドイツ民事訴訟法256条の確認訴訟の適法性は一予防的差止訴訟などと異なり一、資本増加が商業登記簿への登記によって有効となった（株式法203条1項、189条）ということと矛盾しない。確かに、株主の引受権に対する侵害を伴う取締役と監査役会の決議が無効であることは、実行され登記された資本増加の有効性とこれによって発生した新しい社員権の有効性に影響するものではない……。しかし株式法189条は、……認可資本に関する会社経営陣の決議を治癒する効果を定めているわけではない。したがって、『二次的請求権』とその他の法的手段が関係株主に今後も否定されないことからしても、株主は、決議の無効確認についての正当な権利保護の利益を有しており、それゆえ、……決議の無効は、資本増加が有効となった後であってもドイツ民事訴訟法256条によって訴訟によって確認することが可能である」。⁽⁶⁰⁾

本判決と同日に下された Mangusta/Commerzbank 第1事件判決においては、先に紹介した有力説に従って、取締役が授権の行使に際して事前にこれを株主に対して報告する義務を負うかが争われており、連邦通常裁判所はこれを柔軟な資金調達を目的とする認可資本制度の趣旨を損なうものとして否定している。⁽⁶¹⁾ 本判決は、認可資本において株主総会による

授權を行使する旨の取締役決議について、一般的確認訴訟の形式で、無効確認の訴えを株主が提起しようとしたものである。このような訴えが可能であることは、Siemens/Nold 判決において既に明らかにされていたところではあるが、本判決は、これが単なる理論にとどまらないことを示した点、及び、差止めによる保護が不可能になった時点においても、確認訴訟によって資本増加の適法性について検証することが可能であるとした点において、大きな意義を有する。⁽⁶²⁾ 判旨の採用したこのような規整に対しては、一方で、「認可資本による資本増加の場合にも株主に権利保護を保障するという試みと努力において、本判決は確実に同意することができる」⁽⁶³⁾と肯定的な評価も存する反面、「濫用的な訴訟のための新たな手段が提供された」⁽⁶⁴⁾との評価も存在する。

このように、本判決については、現段階で評価が定まっているとは言い難いが、さしあたり、判旨において注目される点と、それについての学説の反応をまとめておくこととしたい。

判旨は、取締役決議について、株主総会決議の取消に関する規定の類推適用を否定している。この点については、賛成する見解が多い。⁽⁶⁵⁾ 連邦通常裁判所が株主総会決議取消に関する規定の類推適用を否定した根拠は、株主総会決議取消に関する株式法248条の規定の類推適用が、「現行株式会社法の体系」と矛盾するという点にある。株式法248条は、取消判決がすべての株主と取締役構成員・監査役構成員に対して効力を有する旨を定める規定であり（1項1文）、このことからすれば、判旨は株主総会決議取消訴訟には対世的効力が認められるがゆえに取締役決議の瑕疵に関して類推適用をすることは許されないとしているかのようにもみえる。しかし、そのような理解は、株式法の「権力分配秩序」に言及する判旨とも必ずしも整合しない。そもそも本判決が認めた決議無効の一般的確認の訴えに対世的効力が認められないのかという疑問がある。この点、Kubis は本件判旨を論ずるにあたって「引受権を排除した新株発行に関する取締役と監査役会

の決定が単独の株主に対しては無効であり、その他に対しては有効であることはあり得ない。このことから、[取締役決議無効確認訴訟について] 純粋な当事者間における効力 (inter-partes-Wirkung) を受け入れることはできない⁽⁶⁶⁾』としていいる。仮に Kubis のいうとおり、本判決によって適法であるとされた取締役決議無効確認の訴えにも、当事者以外の会社関係者を何らかの意味で拘束する効力が認められるのだとすると、株主総会決議取消訴訟の規定の類推適用を判旨が否定したのは、判決の効力が及ぶ人的範囲の問題からというよりは、無効確認判決よりも取消判決がより強く会社関係者を拘束するという理解によるものであるとみるべきであろう⁽⁶⁷⁾。換言すれば、問題となっているのは、取消判決ないし確認判決が資本増加の無効という直接的な結果をもたらすのか、あるいは、取締役が違法状態の是正のため適切な措置を執ることを義務づけるにとどまるのかということではないだろうか⁽⁶⁸⁾。Busch も取消訴訟との対比において取締役決議の無効確認訴訟が適法であることの根拠を、「義務違反の業務執行措置が……有効であり、除去の方法が、取締役の裁量に属する」⁽⁶⁹⁾ことに求めており、この理解を裏付けるものと思われる。

次に、判旨は、取締役決議無効確認の訴えをドイツ民事訴訟法256条1項による一般的確認の訴え⁽⁷⁰⁾としては適法であるとしているが、確認の利益の根拠は何であろうか。判旨は、資本増加に関する取締役決議が違法であった結果、個々の株主の共同経営権や財産権の侵害などの単独社員権の侵害がなされている場合には、確認の利益が認められるのだとしており、判旨の中心的な論拠は、おそらくこの点にあるであろう⁽⁷¹⁾。判旨は、このように述べるにあたって、いわゆる株主訴訟に関する議論の端緒となった Holzmüller 判決を引用しており、この議論との関連が意識されざるを得ない⁽⁷²⁾。学説においても、本判決は株主の防衛訴訟 (Abwehrklage) を認めたものとして理解されており⁽⁷³⁾、株主訴訟の一般論との関わりを意識した議

論がなされている。

Holzmüller 判決は、取締役が株主総会の権限領域を侵害する場合について、個々の株主に司法上の救済を認めうるとしたものである。同判決は、次のように述べている。

「すべての株主と同じく、原告も、会社が原告の社員権を尊重し、法律と定款によって認められる範囲を超えてこれを侵害しないよう求める団体法上の請求権を有している。この請求権の侵害は、取締役がある決定に際して、当該状況の下で必要とされる関与を株主総会にさせず、その結果、株主の関与を排除した場合にも、認められる。」⁽⁷⁴⁾

この Holzmüller 判決以降、取締役が株主総会権限を侵害した場合に個々の株主に訴権が認められることは、ドイツ会社法学上、ほぼ通説となっている。⁽⁷⁵⁾問題は、このような場合以外にも株主に訴権を認めることができるか、という点にある。最も徹底した見解は、取締役の行為は違法であれば、それが日常的な業務に属するものであったとしても、個々の株主に訴権が認められるとする。⁽⁷⁶⁾株主には、「法律及び定款に合致した経営陣の行動を求める権利」があるというのである。Paefgen は、このような見解を前提に、認可資本制度の下において引受権を排除してなされる新株発行について、取締役の行為が、総会の授權決議に反する場合に限らず、例えば、手続的な規定に違反する場合にも、訴権が認められるとしている。⁽⁷⁷⁾

対極にあるのが、株主総会権限の侵害の場合に限り、個々の株主には訴権が認められるとする見解である。⁽⁷⁸⁾この見解を前提とするならば、取締役が株主総会による授權の内容に反した場合にはじめて、株主には訴権が認められることになると思われる。⁽⁷⁹⁾これに対して、授權の内容として表現されていないような定款や法律の規定に反しているにすぎないような場合には、株主には訴権を認めることが困難であるということになるであろう。⁽⁸⁰⁾

中間的な見解は、取締役のあらゆる違法な行為に対して訴権を認めるのは広すぎるが、総会権限の侵害に限定するのは狭すぎるとして、株主の権利（や利益）の侵害がなされた場合に訴権を認めようとする⁽⁸¹⁾。このような見解においては、株主の引受権の侵害が認められる場合に、株主の訴権を認めることとなろう⁽⁸²⁾。Habersack は、Siemens/Nold 判決について、このような意味において、差止・確認訴訟を認めたものと理解していた⁽⁸³⁾。

なお、本件判旨について、現時点で、最初の見解を前提とする議論はみられない。2 番目に挙げた見解を前提とする見方を示唆するものとしては、Krämer/Kiefner が、また、3 番目に挙げた見解を前提とする見方を示唆するものとしては、Drinkuth がある⁽⁸⁴⁾。いずれにせよ、確認の利益についての本判決の記述についての評価は、株主訴訟の一般論との関わりにおいて、今後、議論がなされてゆくものと思われる⁽⁸⁵⁾⁽⁸⁶⁾。

最後に、判旨は、資本増加の登記がなされた後においても、取締役決議無効確認の訴えの利益は失われまいとしている。Siemens/Nold 判決の紹介に際して述べたように、以前の学説においては、資本増加の登記がなされたのちは、新株発行は確定的に有効となる以上、取締役決議確認の利益が消滅することが当然の前提とされていた。

登記によっては確認の利益が失われまいとするにあたって、判旨は、次の点を根拠に挙げている。1 つは、資本増加が有効となったとしても、取締役決議の違法性は治癒されないこと、もう 1 つは、「二次的請求権」やその他の法的手段の行使が依然として株主に認められることである。また、これに加えて、判旨が取締役決議の無効確認の利益に際して言及したところの、取締役決議無効確認判決によって会社機関が不当な状態を除去し再度の社員権侵害を行わないことが期待できるということも論拠となっている⁽⁸⁷⁾と考えてよいであろう。

以上の判旨の論理に対しては、無条件の賛意を示す見解も存する反面、⁽⁸⁸⁾

批判もある。例えば、Paschos は、上記の「自己規律」が無効確認判決によって期待できる場合はきわめて限定されると指摘している。とりわけ、引受権を排除した新株発行によって持分割合の低下が生じた場合、原状回復による損害回復は考えがたく、また、大株主でない限り金銭賠償も問題とならないという。また、不当な廉価で株式が発行された場合については、金銭賠償は可能であるが、このためには確認判決は不要であり、株主は直接に損害賠償請求を行えばよいと説く。⁽⁸⁹⁾

これに対して、Drinkuth は、ドイツ行政裁判所法上の継続の確認訴訟 (Fortsetzungsfeststellungsklage) を援用することによって判旨の論理と結論を正当化している。それによると、継続の確認訴訟の適法要件は、①元となる訴えが適法であったことと、②原告が違法性の確認について特別の利益を有していることであり、後者は、賠償請求の準備や違法行為の回復の回避に役立つ場合には認められるという。そして、本判決の事案についても、①もともと差止訴訟が適法であり、また、②株主は、違法が確認された場合、将来の資本増加に際して取締役（及び監査役会）が同じ違法を繰り返さないことについて期待することができ、また、確認判決が別の措置を準備する契機となりうることから、特別の確認の利益も認められるとする。⁽⁹⁰⁾

5. 小括

認可資本制度の下では、株主総会は、取締役への授権に際して、自ら引受権を排除しておくことも、また、取締役に対して、引受権の排除を授権することも可能である。Holzmann 判決は、いずれについても、株主総会による授権の段階で、引受権の排除についての正当化事由が必要であるとしていた。しかし、このような規整は、資金調達機動性を害し、認可資本制度の趣旨を損なうものとして、Siemens/Nold 判決において覆されることとなる。すなわち、同判決は、株主総会における授権の段階での正当

化事由は、抽象的なもので足りるとし、あらかじめ総会によって引受権が排除された授權を行使する段階、または、引受権排除についての授權を行使して新株を発行する段階において、取締役がその経営判断として、引受権の排除が正当化されるかについて判断すべきであるとしたのである。

この Siemens/Nold 判決の下では、しかし、引受権によって保護されるべき株主の利益が十分に保護されるか疑問とされることになる。なぜならば、Holzmann 判決の規整の下では、株主は、正当化事由の存しない違法な引受権の排除を伴う増資に対して、株主総会決議の取消訴訟を提起することができたのに対して、Siemens/Nold 判決の規整の下では、株主総会決議に際しての正当化事由は抽象的なもので足りるとされた結果、これに対する取消訴訟が成功する可能性は事実上なくなったといつてよいからである。Siemens/Nold 判決は、これに対して、事後的な損害賠償請求の可能性の他、増資の差止めや取締役会決議の無効確認の訴えを株主が提起しうることを指摘していたが、特に、取締役決議無効確認訴訟については、登記された後には増資が確定的に有効となり、取締役決議の無効は、増資の無効を来すものではないと理解されていたことから、その株主保護において果たす役割は大きなものではないと考えられていた。

このような状況の下で、取締役の授權の行使の段階で、増資についての取締役の書面による報告義務を課すことによって、株主に差止請求の機会と余裕を与えるべきとする見解も唱えられたが、この見解は、連邦通常裁判所の Mangusta/Commerzbank 第 1 事件判決において否定されるに至る。他方、同第 2 事件判決は、株主保護について、注目すべき見解を示した。それによると、確かに、増資が登記された後、取締役決議の無効が確認されたとしても、増資は有効であり、既に生じた社員権の無効等を来すものではないが、それでも、株主には、取締役決議の無効確認の訴えを提起することが認められるというのである。

このような連邦通常裁判所の見解はどのようにみるべきであろうか。連

邦通常裁判所の判断が、認可資本制度についての判例の変遷によって生じる可能性のあった株主保護の弱体化を、阻止しようという政策的な衡量に支えられたものであったことは、間違いないであろう。⁽⁹¹⁾しかし、そこで用いられた論理は、一般化が可能であり、興味深い。⁽⁹²⁾連邦通常裁判所の論理は、確認の利益を、株主の社員権の侵害ないしは株主総会権限の侵害という事実と、取締役決議無効確認判決によって会社の「自己規律」が生じ、株主の利益が回復されるであろうという期待、さらに、「自己規律」が機能しない場合には、株主総会における取締役・監査役の免責の拒絶や賠償請求の提案、また、株主自身による損害賠償請求を正当化することによって基礎づけようとするものである。無効確認判決により、侵害された社員権が直ちに回復される関係にあるわけではない。Paschos が指摘するように、必ずしも「自己規律」が十分に働く保証があるわけでもないし、また、株主総会における提案や株主自身の賠償請求にとって無効確認判決が果たす役割はきわめて限定的である。連邦通常裁判所の見解は、確認判決によってもたらされる効果が、このような曖昧なものであっても、経営機関決議により社員権侵害ないし株主総会権限の侵害がもたらされるような場合には、確認の利益が認められるとした点に特徴がある。Mangusta/Commerzbank 第1, 第2事件判決の事案がそもそもそうであったように、大規模な上場会社における株主の地位に鑑みれば、新株発行など経営機関の行為自体の効果を否定することよりも、むしろ、取締役決議が違法性を確定し、事後の経営の適法性を確保することに、提訴株主の真の意図があることが多いであろう。連邦通常裁判所の見解は、このような大規模会社において果たすべき株主の役割に即したものとみることもできるのであろうし、また、逆に、濫訴の懸念が主張されているのも、大規模会社が舞台となる点に由来するものであるとみることもできよう。

Ⅲ．日本法への示唆

我が国では、昭和25年改正以降、新株発行については、いわゆる授權資本制度が採用されてきた。すなわち、平成17年成立の会社法の枠組みにしたがって述べるならば、公開会社（会社法2条）においては、定款の授權の範囲内において、新株発行事項（募集事項）は、原則として取締役会が決定するものとされ、発行価額（払込金額）が公正である限り、株主総会が新株発行の決定に関与することはない。このような制度の下においては、株主間の対立やいわゆる敵対的買収の局面で、取締役会は自らの支配権を確立する目的で特定の友好的な株主に対して新株を割当てることが起こりうる。もちろん、支配権維持目的の新株発行がおよそ許されないと考えるかどうかについては、議論があるが、これが少なくとも、一定の場合には違法となりうることに異論がないと思われる。

また、授權資本制度の下においても、新株を第三者に対して特に有利な価額で発行する場合には、公開会社であっても、株主総会の特別決議が必要である（会社法199条2項、3項、309条2項5号）。しかし、どのような場合に「特に有利な価額」にあたるかについては、必ずしも一義的に明らかであるわけではなく、新株発行にあたっては、株主総会決議の要否が争われることも少なくない。また、特別決議を経た場合であっても、そこに例えば、特別利害関係人の議決権行使などによって成立したなどの（会社法831条1項3号参照）、瑕疵が存在することも考えられる。

以上のように新株発行に何らかの違法性が認められる場合には、株主は事前の法的手段として、新株発行の差止めを求めることが可能であり（会社法210条）、また、事後の法的手段として、取締役に対する損害賠償請求の他、新株発行無効の訴え（会社法828条1項2号）を提起することが可能である。しかしながら、差止請求は、多くの場合、仮処分手続によって

行われなければならないところ、新株発行手続が完了するまでの短い期間に、仮処分を認容するに足りる心証を裁判官に与えることは困難であるとの指摘がある⁽⁹³⁾。また、無効の訴えについては、取引安全の観点から、無効事由が極めて限定的に解釈されており、前述の支配目的の新株発行や特別決議を経ない有利発行なども、一度新株が発行されてしまった以上、無効事由とはならないと理解されている⁽⁹⁴⁾。また、損害賠償請求についても、支配目的の発行による持分比率の低下による損害については、その額の算定に困難が生ずることが以前より指摘されているなど、株主の救済として十分であるとは言い難い。

このようにしてみると、新株発行の機関決議（取締役会決議・株主総会決議⁽⁹⁵⁾）について、新株発行の無効事由とはならない瑕疵がある場合にも、決議無効確認の訴え、取消の訴えについて、訴えの利益を認めることは十分に考えられる選択肢ではないかと思われる⁽⁹⁶⁾。この問題について、十分な検討を行う余裕はないが、以下において予備的な考察を行うことをもって本稿の結びに代えることとしたい。

1) 従来、新株発行がなされた後における株主総会決議取消・無効確認の訴えは、訴えの利益を欠くものとして、不適法であるとするのが判例であり⁽⁹⁷⁾、また、通説も同様に解していた⁽⁹⁸⁾。取締役会決議無効確認についても、同趣旨の議論が存在する⁽⁹⁹⁾。これに対して、中島教授はつとに、株主が「法律および定款に従った業務運営を求める権利」を有するとして、新株発行がなされた後においても株主総会決議取消・無効の訴えが可能であると論じていた⁽¹⁰⁰⁾。極めて注目すべき見解であるが、他方で、ドイツにおける学説の現状に照らすと、必ずしも「法律および定款に従った業務運営を求める権利」といった包括的な権利が株主に認められるとの議論は通説とはいえない。また、教授が議論の対象とされる株主総会決議訴訟を超えて、新株発行に係る取締役会決議の無効確認の訴えについても、この見解を一貫させ、決議に手続上の瑕疵があるにすぎない場合にも確認の利益を承認する

とすれば、⁽¹⁰¹⁾実際上も株主に過度に広範な権利を認めるものとして妥当性を失うのではないと思われる。⁽¹⁰²⁾

2)本稿で紹介したように、連邦通常裁判所は、Mangusta/Commerzbank 第2事件判決において、認可資本制度の下での取締役決議無効確認の訴えについて、請求認容判決が資本増加の無効に結びつかないにもかかわらず、訴えの利益を肯定した。その理解については、必ずしも学説上一致しているわけではないが、①株主権（社員資格）侵害ないし株主総会の権限侵害（株主の決定参与権（*Entscheidungsteilhaberecht*）侵害）を基本的な論拠としつつ、②請求認容判決によって会社が不当な状態の解消に適切な行動をとることや再度の侵害行為の防止についての株主の期待、あるいは、請求認容判決が賠償請求権の行使や株主総会における取締役の免責の拒絶などの契機となることを補助的な論拠としたものと理解できる。仮に、日本法について同様の構成が妥当するとすれば、以下のように捉えることが可能であると思われる。

i) 公開会社について、必要な総会決議を経ずに取締役会限りで新株の有利発行がなされた場合には、株主総会権限の侵害をそこに見いだすことは可能であろう。

ii) 支配権維持目的で、取締役会により第三者割当による新株発行が行われるような場合はどうかであろうか。ドイツ法においては、株主の新株引受権が法定されており、しかも、それが株主の基本的な権利として理解されている。⁽¹⁰³⁾これに対して、我が国においては、株主は当然に新株の割当を受けるものとはされておらず、新株引受権の侵害を根拠に取締役会決議無効確認の訴えの利益を基礎づけることはできない。しかし、当該新株発行が、いわゆる不正発行にあたる場合には、株主の差止請求権の背後にある⁽¹⁰⁴⁾実体的権利の侵害を見いだすことはできるであろう。

iii) 新株発行に関する株主総会決議について、取消・無効事由が存在する場合、株主は株主としての地位に基づいて当然に訴えの利益を有するも

のと理解されており、別途、株主権の侵害等の論拠を採る必要はない。⁽¹⁰⁵⁾

iv) いずれの場合についても、判例・通説によれば、新株発行後は訴えの利益が消滅するものと解されてきた。しかし、再度の違法行為の抑止や取締役に対する損害賠償請求権の行使、株主総会決議による取締役の解任などに対して決議無効確認の請求認容判決が有する事実上の意義が認められる限り、訴えの利益を承認することは検討されてよいと思われる。なお、過去の下級審裁判例には、新株発行に関する取締役会決議無効確認の訴えについて、同種の決議が再びなされることを防止するという観点から新株発行後においても訴えの利益を肯定するものがあり、この観点から興味深い。⁽¹⁰⁶⁾

3) 以上のように、株主権ないし株主総会権限の侵害を根拠に決議無効確認の訴えの利益を基礎づけることに親和的な最高裁判例として、最高裁判平成16年12月24日判決がある。⁽¹⁰⁷⁾ 同判決は、社団たる医療法人において、入社承認・理事選任・定款変更の各社員総会決議の不存在が争われたというものである。定款変更決議について紹介すると、医療法人が開設する診療所の名称及び開設場所について新たに甲野歯科医院なる診療所を加える旨の定款変更決議の不存在確認請求に対して、判決は、医療法の規定を引用して、「新たに診療所を開設するかどうかが当該法人の経営の根幹にかかわる重要な事項」とし、続けて、「社団たる医療法人の社員は、診療所の開設、運営が法令及び定款に従い適正に行われることについて法律上の利益を有するというべきである」として、社員の訴えの利益を承認した。この判決に対しては、『現に存在する法律上の紛争の解決』という観点に加えて、『当事者の法律上の地位ないし利益』の保護という観点から確認の利益を判断し⁽¹⁰⁸⁾ たものとの評価がなされており、今後、株式会社に於ける決議取消・無効確認訴訟との関わりにおける議論の進展が期待される。

注

- (1) 株式法182条1項。決議要件は、出席議決権総数の4分の3以上であるが、定款により要件を加重することが可能である。
- (2) 株式法186条1項。
- (3) 株式法186条3項。
- (4) 株式法186条4項1文。
- (5) 学説と判例の変遷の詳細については、潘阿憲「閉鎖会社における新株発行と株主の利益保護」志林100巻4号69頁、86頁以下(2003)、洲崎博史「不公正な新株発行とその規制(一)」民商94巻5号1頁、28頁以下(1986)、松井秀征「取締役の新株発行権限(2・完)」法協114巻6号89頁、116頁以下(1997)などを参照。
- (6) BGH Urt. v. 13. 3. 1978, BGHZ 71, 40. 本判決については、潘・前掲註(5)91頁以下。
- (7) BGHZ 71, 40, 46; *Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz, 5 Aufl., § 186 Rn.25(2002)。
- (8) 株式法186条4項2文。この報告は、株主総会が正しい決定を行うことができるようにするためのものであり、同時に、株主総会決議取消訴訟における裁判所の判断の基礎をなす(*Hüffer*, aaO.(Fn.7), § 186 Rn.23)。
- (9) この定款変更決議には、出席議決権総数の4分の3以上の多数の賛成が必要である(株式法202条2項。定款による要件の加重が可能である)。
- (10) 株式法203条1項1文、186条3項、4項。
- (11) *Hüffer*, aaO.(Fn.7), § 203 Rn.8。
- (12) 株式法203条2項。
- (13) 直接排除については、株式法203条1項1文、186条4項。取締役に対する引受権排除の授権の場合については、株式法203条2項、186条4項。
- (14) Vgl., *Quack, Karlheinz*, Die Schaffung genehmigten Kapitals unter Ausschuß des Bezugsrechtes der Aktionäre - Besprechung der Entscheidung BGHZ 83, 319ff -, ZGR 1983, S.257, 259f.
- (15) *Bayer, Walter*, Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschuß und Vermögensschutz der Aktionäre nach § 255 Abs. 2 AktG, ZHR 163, S.505, 510(1999); vgl., *Hirte, Heribert*, Bezugsrechtsausschuß und Konzernbildung, S.106(1986); *Lutter, Marcus*, § 186 Rn.11, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl.(1995); *ders*, Bezugsrechtsausschuß und genehmigtes Kapital, BB 1981, S.861, 862; *Quack*, aaO.(Fn.14), S.260f.
- (16) 本判決については、潘・前掲註(5)95頁以下、松井・前掲註(5)127頁などを参照。
- (17) BGHZ 83, 319, 321.
- (18) BGHZ 83, 319, 321f.
- (19) BGHZ 83, 319, 324f.

- (20) Vgl., *Hüffer*, aaO. (Fn.7), § 203 Rn.25f.
- (21) *Timm, Wolfram*, Der Bezugsrechtsausschluß beim genehmigten Kapital, DB 1982, S.211, 215.
- (22) *Marsch, Reinhard*, Zum Bericht des Vorstands nach § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG beim genehmigten Kapital - Urteilsanmerkung zu LG Frankfurt vom 21. 1. 1981 - AG 1981, S. 211, 212.
- (23) 判旨は、授權決議の際に取締役が株主総会に提出する引受権排除の理由についての報告に関して、次のように述べる。「……あり得る引受権排除の理由を抽象的に描写(例えば、次のような言い回し:『会社の利益のために必要である場合』あるいは、『会社の損害を回避するため』)したり、単にそのような事態が実際にはまだ全く予期されていないにもかかわらず、引受権排除の理論的な可能性を列挙したりするだけでは、不十分である……」(BGHZ 83, 319, 326)。
- (24) BGH Beschl. v. 30. 1. 1995, ZIP 1995, 372, 373.
- (25) *Semler, Johannes*, Einschränkung der Verwaltungsbefugnisse in einer Aktiengesellschaft, BB 1983, S.1566, 1568f.; *Quack*, aaO. (Fn.14), S.257ff. 新株引受権排除の授權決議に際して、株主総会に対する厳格な報告義務を課する Holzmann 判決の規整は、通説であったと評価するものとして、*Bayer, Walter*, Transparenz und Wertprüfung beim Erwerb von Sacheinlagen, S.21, 27, in: Festschrift für Peter Ulmer(2003)。なお、*Heinsius, Theodor*, Bezugsrechtsausschluß bei der Schaffung von Genehmigten Kapital, S.115, 122f., in: Festschrift für Alfred Kellermann (1991)も参照。
- (26) *Martens, Klaus-Peter*, Der Ausschluß des Bezugsrechts, ZIP 1992, S.1677, 1677f.; *ders*, Richterliche und gesetzliche Konkretisierungen des Bezugsrechtsausschluß, ZIP 1994, S.669, 669. Martens は、この点について、Holzmann 判決が通常の資本増加による引受権排除決議と認可資本による引受権排除の授權決議を必要以上に同視していることを非難している(ZIP 1992, S.1681f.)。これに対して、Schockenhoff は、Holzmann 判決における正当化事由の要求が、取消訴訟の増加の原因であるわけではないとする(*Schockenhoff, Martin*, Der Rechtsmäßige Bezugsrechtsausschluß, AG 1994, S.45, 47)。
- (27) *Martens*, aaO. (Fn.26, [ZIP1992]), 1677ff.; *ders*, Der Bezugsrechtsausschluß anlässlich eines ausländischen Beteiligungserwerbs, S.151, in: Festschrift für Ernst Steindorff(1990); *Marsch*, aaO. (Fn.22), S.213; *Hirte*, aaO. (Fn.15), S.112ff.; *Heinsius*, aaO. (Fn.25), S.120ff.
- (28) *Krieger, Gerd*, Vorstandsbericht vor Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss?, S.1081, 1083, in: Festschrift für Herbert Wiedemann (2002)。
- (29) この他に、普通株式及び優先株式の発行による資本増加の授權がなされており、

この点についても決議取消が争われているが、この点については省略する。

- (30) BGHZ 136, 133, 135f.
- (31) BGHZ 136, 133, 136.
- (32) BGHZ 136, 133, 138f. なお、「会社の利益」ではなく、「会社の相応の利益」という表現を用いたことについて、Cahn は、正当化要件の緩和の意図がある可能性を指摘している (Cahn, *Andreas*, Pflichten des Vorstands beim genehmigten Kapital mit Bezugsrechtsausschluß, ZHR 163, S.554, 572(1999))。
- (33) BGHZ 136, 133, 139.
- (34) BGHZ 136, 133, 139.
- (35) Holzmann 判決においては、Kali + Salz 判決の基準を基本的に採用しており、引受権排除ないしその授権が会社の利益にかなうことの他に、株主の利益との対比における必要性和相当性の要件も課していた。これに対して、本件判旨は、必要性和相当性の要件には言及していないために、この要件を放棄したのではないかとの理解が生じている (Kindler, *Peter*, Bezugsrechtsausschluß und unternehmerisches Ermessen nach deutschen und europäischem Recht, ZGR 1998, S.35, 59f.; Henze, *Hartwig*, Schranken für den Bezugsrechtsausschluss - Rechtsprechung des BGH im Wandel?, ZHR 167, S.1, 3(2003); OLG Stuttgart, ZIP 1998, S.1482, 1487; 以上につき潘・前掲註(5)124頁参照)。これに対して、本判決がこの点に関する Kali + Salz 判決の定式を維持しているとの理解も有力である (Zöllner, *Wolfgang*, Gerechtigkeit bei der Kapitalerhöhung, AG 2002, S.585, 587; Hirte, *Heribert*, § 203 Rn.79, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl.(2001); Ekkenga, *Jens*, Das Organisationsrecht des genehmigten Kapitals (Teil I), AG 2001, S.567, 572; Bayer, *Walter*, Genehmigtes Kapital und Bezugsrechtsausschluss, ZHR 168, S.132, 150f.(2004))。
- (36) Zöllner, *Wolfgang*, aaO.(Fn.35), S.587.「株主総会が、言及するに足る実質的な制約と特定の内容的情報なしに、認可資本を貯蔵株として利用することを〔取締役会に〕授権できる」という評価もある (Bayer, aaO.(Fn.25), S.28)。なお、本判決の射程が現物出資による資本増加に限定されないことについて、Henze, *Hartwig*, aaO.(Fn.35), S.4, vgl., auch, Bungert, *Hartwin*, Die Liberalisierung des Bezugsrechtsausschluss im Aktienrecht - Zum Siemens/Nold-Urteil des BGH, NJW 1998, S.488, 492.
- (37) Happ, *Wilhelm*, Genehmigtes Kapital und Beteiligungserwerb, Zu Informationsdefiziten, Rechtsschutzmöglichkeiten und Reformüberlegungen, S.175, 176f., in: Festschrift für Peter Ulmer(2003). 同論文には次のような象徴的な例が紹介されている。それによると、わずか3万ユーロの認可資本を創設しようとする非上場会社の総会招集通知において、「資本参加と事業獲得の国際的実務に鑑み、潜在的な獲得利益についての競争がある中で、複雑な取引構造を伴うことが常で

- ある事業獲得機会が現時点では不明確な場合において、資本増加を特に短期的に実行しなければならないこと」が理由として公示されていたという (aaO., S.177, Fn.10)。なお, Happ と同趣旨の指摘として, *Krieger*, aaO. (Fn.28), S.1083; *Drinkuth, Henrik*, Informationspflichten bei Ermächtigungsbeschlüssen nach § 33 WpÜG, AG 2005, S.597, 599.
- (38) *Drinkuth*, aaO. (Fn.37), S.599; *Krieger*, aaO. (Fn.28), S.1083. 1984年においては上場株式会社のうち22.4パーセントが認可資本を利用しているにすぎなかったが, 本判決以降急激に利用が増加し, 1998年においては, 63.88パーセントの上場会社が認可資本を創設している。以上について, *Bayer, Walter*, § 202 Rn.14, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. (2005). *Krieger*, aaO. (Fn.28), S.1083; *Drinkuth*, aaO. (Fn.37), S.599.
- (39) *Volhard, Rüdiger*, “Siemens/Nold”: Die Quittung - Zum Urteil des BGH vom 23.6.1997 betr. die Ermächtigung des Vorstand zur Kapitalerhöhung unter Ausschuß des Bezugsrechts, AG 1998, S.397, 403. Volhard は, 特に, 株主総会決議の取消の可能性が著しく減ることにより, プロ株主による嫌がらせ的な訴訟が減少するであろうことを歓迎する。この他, *Bungert*, aaO. (Fn.36), S.490; *Kindler, Peter*, Bezugsrechtsausschluß und unternehmerisches Ermessen nach deutschem und europäischem Recht, ZGR 1998, S.35, 48; *Krieger*, aaO. (Fn.28), S.1083.
- (40) *Hirte, Heribert*, Kapitalgesellschaftsrecht, 5. Aufl., § 6 Rn.39 (2006) .
- (41) *Hirte*, aaO. (Fn.35), § 203 Rn.76.
- (42) *Krieger*, aaO. (Fn.28), S.1084.
- (43) *Kindler*, aaO. (Fn.39), S.66 (「将来, 引受権排除の適法性は, 資本増加決議に対する取消手続においては, きわめてまれにしか意味を有しないこととなるであろう」)。同旨, *Hüffer*, aaO. (Fn.7), § 203 Rn.31; *Paefgen, Walter*, Justiziabilität des Verwaltungshandelns beim Genehmigten Kapital, ZIP 2004, S.145, 148.
- (44) BGHZ 136, 133, 140f.
- (45) 差止訴訟が可能であることによって確認訴訟は不適法とはならないと解されている。なぜならば, 取締役は確認判決に基づいて適法に行動することが一般に予期されるからである (*Hüffer*, aaO. (Fn.7), § 203 Rn.39; *Hirte*, aaO. (Fn.15), S.207; *Lutter*, aaO. (Fn.15[*Kölner Kommertar*]), § 203 Rn.45)。
- (46) Vgl., *Happ*, aaO. (Fn.37), S.180ff.
- (47) 以上につき, *Happ*, aaO. (Fn.37), S.180f.
- (48) *Happ*, aaO. (Fn.37), S.185f.
- (49) 以上につき, *Happ*, aaO. (Fn.37), S.186f.; *Cahn, Andreas*, Ansprüche und Klagemöglichkeiten der Aktionäre wegen Pflichtverletzungen der Verwaltung beim genehmigten Kapital, ZHR 164, S.113, 118f. (2000); *ders*, aaO. (Fn.32), S.575; *Paefgen*, aaO. (Fn.43), S.153; *Paschos, Nikolaos*, Berichtspflichten des Vor-

stands bei der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss und deren Ausübung im Rahmen eines genehmigten Kapitals, WM 2005, S.356, 364. なお、少数株主による賠償請求権の行使については、2005年に制定されたUMAGにより、基本資本の1パーセントまたは10万ユーロの額面を有する株主について、提訴許可手続が導入されたことにより、これを容易にする改革がなされている (§ 148-149 AktG; vgl., *Hirte*, aaO. (Fn.40), § 3 Rn.93. UMAG の立法をにらんだ当時の議論として, *Paschos*, aaO., S.364)。

- (50) *Cahn*, aaO. (Fn.49), S.118; *Happ*, aaO. (Fn.37), S.182. いずれにおいても、この他に、ドイツ民事訴訟法945条の損害賠償義務についての言及もなされている。
- (51) Vgl., *Lutter, Marcus*, Anmerkung, JZ 1998, S.50, 51; OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 1. 4. 2003, BB 2003, 1975, 1976 - Mangusta/Commerzbank II. 資本増加登記後の確認訴訟が不適法であることは学説の共通の理解であったと思われる。*Hirte* も株式会社203条の注釈において、登記がなされる前については、違法な取締役決議に対するコントロール手段として、確認訴訟と差止訴訟について言及しているのに対して、登記がなされた後については言及していない (*Hirte, Heribert*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., § 203 Rn.127ff. (2001) ; vgl., auch, *ders*, aaO. (Fn.15), S.207f. (1986). *Lutter* も同じく、登記後においては確認訴訟ができなくなるとの前提に立っていたように見える。*Lutter*, aaO. (Fn.15[Kölner Kommentar]), § 203 Rn.45.)。この他, *Paefgen*, aaO. (Fn.43), S.152 u. 155f. など。なお、連邦通常裁判所第2民事部の判事である Goette も確認訴訟に大きな意義を認めていなかった (*Goette, Wulf*, Leitung, Aufsicht, Haftung - zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, S.123, 138f., in: Festschrift für 50 Jahre Bestehens vom BGH (2000))。
- (52) *Happ*, aaO. (Fn.37), S.182.
- (53) *Bayer*, aaO. (Fn.38), § 203 Rn.155ff. ; *ders*, aaO. (Fn.25), S.28ff. ; *ders*, aaO. (Fn.35), S.154ff. ; *Lutter*, aaO. (Fn.15[Kölner Kommentar]), § 203 Rn.31f. ; *Hirte*, aaO. (Fn.35), § 203 Rn.86f. この場合においては、株主総会における報告は不可能であるため、例えば、営業室 (Geschäftsräume) における展示や株主の要求による送付などの方法による報告などが提案されている (*Bayer*, aaO. (Fn.38), § 203 Rn.162)。
- (54) Vgl., *Bayer*, aaO. (Fn.38) § 203, Rn.161 ; *Hirte*, aaO. (Fn.35), § 203 Rn.84.
- (55) ZIP 2005, s.2207, 2208. (本稿執筆時点で公式判例集を入手しえなかったため、以下 ZIP によって引用する)。
- (56) ZIP 2005, S.2207, 2209.
- (57) ZIP 2005, S.2207, 2209.
- (58) ZIP 2005, S.2207, 2209f.
- (59) ZIP 2005, S.2207, 2210.

- (60) ZIP 2005, S.2207, 2210.
- (61) ZIP 2205, S.2205, 2206f. (BGHZ 164, 241).
- (62) *Busch, Torsten*, Mangusta/Commerzbank - Rechtsschutz nach Ausnutzung eines genehmigten Kapitals, NZG 2006, S.81, 81 u. 85.
- (63) *Hirte, Heribert*, Kurzkommentar, EWiR 2006, S.65, 66.
- (64) *Bungert, Hartwin*, Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss - Anmerkung zu den BGH-Urteilen Mangusta/Commerzbank I und II, BB 2005, 2757, 2759. 同趣旨の見解として, *Waclawik, Erich*, Die Aktionärskontrolle des Verwaltungshandelns bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals der Aktiengesellschaft, Zugleich Besprechung von BGH v.10.10.2005, ZIP 2006, S.397, 404; *Krämer, Lutz/Kiefner, Alexander*, Präventiver Rechtsschutz und Flexibilität beim genehmigten Kapital, ZIP 2006, S.301, 310.
- (65) *Busch*, aaO. (Fn.62), S.84f.; *Drinkuth, Henrik*, Rechtsschutz beim genehmigten Kapital, Zugleich Anmerkung zu BGH v. 10.10.2005, AG 2006, S.142, 144; *Waclawik*, aaO. (Fn.64), S.400f.; *Kubis, Jena*, Information und Rechtsschutz der Aktionäre beim genehmigten Kapital, DStR 2006, S.188; *Bungert, Hartwin*, Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss - Anmerkung zu den BGH-Urteilen Mangusta/Commerzbank I und II, BB 2005, S.2207, 2208; *Paschos, Nikolaos*, Berichtspflichten und Rechtsschutz bei der Ausübung eines genehmigten Kapitals, DB 2005, S.2731, 2731f.; dagegen, *Paefgen*, aaO. (Fn.43), S.152; de lege ferenda auch *Hirte*, aaO. (Fn.63), S.66.
- (66) *Kubis*, aaO. (Fn.65). 「連邦通常裁判所は、確認判決がすべての株主に対して会社を拘束するか、訴訟を迫行した株主のみを拘束するのかという問題には言及していない」とする見解として, *Busch*, aaO. (Fn.62), S.87. 差止訴訟・確認訴訟が一般的形成効を有しないということは、実際上は、大きな差異をもたらすものではないとの指摘として, *Waclawik*, aaO. (Fn.65), S.405.
- (67) Vgl., *Drinkuth*, aaO. (Fn.65), S.145 (「確認訴訟の適法性に対しては、これによって株式会社法上の権限分配秩序が侵害されるという反論がある。しかし、確認判決は形成効を有しないがゆえに、経営陣の措置に直接的な影響を及ぼすものではない。請求を認容する確認判決にどのように対応するかは、依然として経営機関に任されているのである。」)。
- (68) *Waclawik* も、取締役決議の無効を確認する確定した確認判決から会社がどのような帰結を導かなければならないかという問題について、裁判所が大胆な見解を取るならば、結局、裁判所が望んでいなかったはずの「取締役会及び監査役会決議に対する(擬似)取消訴訟に至る」と指摘している(*Waclawik*, aaO. (Fn.64), S.405)。
- (69) *Busch*, aaO. (Fn.62), S.87.

- (70) ドイツ民事訴訟法256条1項は、次のように定めている。「権利関係の存在または不存在の確認、及び証書の真正 (Anerkennung) 又は不真正の確認を求める訴えは、原告が、裁判官の裁判によって権利関係ないし証書の真正又は不真正を即時に確定することにつき、法律上の利益を有するときこれを提起することができる。」(訳文は『ドイツ民事訴訟法典』法務大臣官房司法法制調査部編 (法曹会, 1993) による。)
- (71) なお、連邦通常裁判所が、第三者間の法律関係についての確認の利益という観点での議論を行っていることについては、「取締役と監査役会の〔授権〕行使の決定は、もっぱら原告である〔会社〕構成員と引受権を侵害する団体との間の法律関係に関わるものである」として、不適當であるとする批判がある (Kubis, aaO.(Fn.65), S.191; so auch, Busch, aaO.(Fn.62), S.85)。これに対して、攻撃の対象となっている決議については主として経営機関構成員と会社との間に法的関係が存在するのであって、株主は第三者に過ぎないとする見解として, Drinkuth, aaO.(Fn.65), S.145.
- (72) Holzmüller 判決については、潘・前掲註(5)94頁以下などを参照。
- (73) Busch, aaO.(Fn.62), S.82; Kubis, aaO.(Fn.65), S.191 (actio negatoria として言及) ; Krämer/Kiefner, aaO.(Fn.64), S.303.
- (74) BGHZ 83, 126, 133.
- (75) Adolff, Johannes, Zur Reichweite des verbandsrechtlichen Abwehranspruchs des Aktionärs gegen rechtswidriges Verwaltungshandeln, ZHR 169, S.310, 316 mwN. (2005).
- (76) Becker, Michael, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte : eine vergleichende Studie nach deutschem Verbandsrecht und dem amerikanischen Recht der corporation, S.75ff.(1997) ; Paefgen, Walter, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, S.321(2002).
- (77) Paefgen, aaO.(Fn.43), S.149ff. ただし、取締役決議の瑕疵が軽微な場合には、訴訟を提起しようとする株主は、認可資本の行使に関する取締役決議の公表後遅滞なく会社にその意図を知らせる義務を負い、また、遅滞なく訴訟を提起しなければならないとする (S.151)。
- (78) Hommelhoff, Peter, Die Konzernleitungspflicht, S.459f.(1982) ; Lutter, Marcus, Aktionärs-Klagerechte, JZ 2000, S.837, 841.
- (79) Adolff, aaO.(Fn.75), S.324; vgl. auch, Krämer/Kiefner, aaO.(Fn.64), S.304. 以下のような論理による。「資本増加と引受権排除の決議は、原則として、株主総会の権限である。株主総会が認可資本において特定の要件の下で監査役会と取締役会に株式発行と引受権排除の決定を委任するのは、この原則の例外である。この方法によって導入された枠組みを取締役と監査役会が超えた場合には、株主総会の委任によって委譲された行動権限はなくなるのである」(Adolff, aaO.(Fn.75),

- S.324f.)。
- (80) *Krämer/Kiefner*, aaO.(Fn.64), S.304. 以上を踏まえて, Krämer/Kiefner は, 直接に株主保護を目的とする法律・定款規定の違反という基準と株主の社員権に就いての意味を問題とする方が適切であるとする。
 - (81) *Bayer, Walter*, Aktionärsklagen de lege lata und de lege ferenda, NJW 2000, S.2609, 2611; *Hoffmann-Becking, Michael*, Grenzlose Abwehrklagen für Aktionäre?, ZHR 167, S.357, 363 (2003); *Habersack, Mathias*, Die Aktionärsklage - Grundlagen, Grenzen und Anwendungsfälle, DStR 1998, 533, 537; *Kubis*, aaO. (Fn.65), S.191.
 - (82) *Kubis*, aaO. (Fn.65), S.191. これに対して, 引受権侵害以外の決議違法事由については, 株主に訴権を認めることはできないとされる (S.191 Fn.42)。
 - (83) *Habersack*, aaO. (Fn.81), S.537.
 - (84) *Krämer/Kiefner*, aaO. (Fn.64), S.304 (「連邦通常裁判所は, 経営陣の行為が義務に違反している場合には, それはすべて *Holzmüller* 判決において展開された権限領域尊重を求める団体法上の請求権をもたらす権限逸脱を同時に意味するとの前提に立っているように見える」と指摘する)。
 - (85) *Drinkuth*, aaO. (Fn.65), S.145f.
 - (86) なお, 株主訴権の根拠についての2番目と3番目の見方は, 少なくとも新株発行の局面においては, 結果としては大きな差異をもたらさないように見える。*Adolf*によると, このことは偶然ではなく, 株式法の体系に根ざすものであるという。すなわち立法者は株主の社員権と持分に化体された財産上の利益を経営陣による侵害から保護するために, 株主総会の権限を基礎づけ, 株主に判断の機会を与えているのであり, 換言すれば, 特定の株主権が保護されるべきかについての立法者の判断は, 株主総会の権限についての立法に表現されているのである。*Adolff*, aaO. (Fn.75), S.325.
 - (87) Vgl., *Paschos*, aaO. (Fn.65), S.2732.
 - (88) *Kubis*, aaO. (Fn.65), S.191.
 - (89) *Paschos*, aaO. (Fn.65), S.2732.
 - (90) *Drinkuth*, aaO. (Fn.65), S.146. なお, ドイツ行政法における継続的確認訴訟については, 村上裕章「ドイツ行政訴訟における訴えの利益の事後消滅—継続的確認訴訟の検討」比較法研究56号172頁以下 (1995) を参照。
 - (91) Vgl., *Krämer/Kiefner*, aaO. (Fn.64), S.303 u. 310; *Goette, Wulf*, Zur jüngeren Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum Gesellschaftsrecht, DStR 2006, S.139, 143 (Siemens/Nold 判決によって授權の際の予防的な制約が緩和されたことに鑑み, 株主に一種の「代替的監督権 (Ersatzkontrollrecht)」を与えたものであると評する)。
 - (92) もっとも, 認可資本における授權の行使以外の事例に本判決の射程が及ぶかに

- については、議論があり得る (vgl., Waclawik, aaO. (Fn.64), S.405)。
- (93) 中島弘雅「企業買収をめぐる裁判制度の問題点—特に新株発行差止め仮処分が認容されにくい理由について—」商事1261号2頁(1991)。
 - (94) 支配目的の新株発行について、大阪高判昭和63・12・22判時1311号128頁、株主総会の特別決議の欠缺について、最判昭52・10・11金法843号24頁。また、取締役会決議の欠缺も新株発行無効事由とはならないとされる(最判平6・7・14判時1512号178頁(裁時1127号1頁)、最判昭36・3・31民集15巻3号645頁)。
 - (95) ドイツ法と異なり、株主総会決議無効の訴えも問題となりうるのは、ドイツ法においては、新株発行無効の訴えの制度がなく、株主総会決議の無効確認・取消がなされれば、新株発行自体の無効を来す点で、新株発行後の株主総会決議無効・取消訴訟の確認の利益が自明であるのに対して、我が国においては、新株発行無効の訴えが法定されている結果、新株発行後の株主総会決議取消・無効訴訟の適法性を独立して論ずる意義と必要性が認められるからである。
 - (96) もっとも、我が国においては、新株発行には払込期日(または払込期間の初日)の2週間前までに株主に対する募集事項の通知・公告がなされることになっており(会社法201条3項・4項)、また、通知・公告の欠缺は新株発行無効事由となると解されている(最判平9・1・28民集51巻1号71頁)。したがって、取締役の事前報告義務が否定されている認可資本制度(BGHZ 164, 231 - Mangusta /Commerzbank I)よりも差止訴訟の実効性を期待してよいといえ、相対的に事後的な確認訴訟の意義は減少することになる。
 - (97) 株主総会決議無効確認の訴えについて、最判昭40・6・29民集19巻4号1045頁、株主総会決議取消の訴えについて、最判昭37・1・19民集16巻1号76頁。
 - (98) 上柳他編『新版注釈会社法(5)』334頁以下〔岩原紳作〕(有斐閣, 1986)、石井照久『会社法上巻(商法Ⅱ)』276頁以下(勁草書房, 1967)。
 - (99) 大寄久=山崎直彦「取締役会決議無効・不存在確認請求」判タ1170号100頁, 104頁以下(2005)。なお参照、大隅健一郎「取締役会決議無効確認の訴えについて」『新版会社法の諸問題』305頁, 320頁(有信堂高文社, 1983)。
 - (100) 中島弘雅「株主総会決議訴訟の機能と訴えの利益(三・完)」民商99巻6号43頁, 60頁以下(1989)。ただし、教授は請求認容判決によって、新株発行が将来に向かって無効になるか、少なくとも新株発行無効事由が認められるという効果が生ずるとも論じられる(同63頁)。なお、基本的に同題旨の見解として、谷口安平「判批」民商54巻2号195頁(1966)、西原寛一「判批」民商47巻2号126頁(1958)。
 - (101) 一般に、取締役会決議に手続上の瑕疵がある場合には決議は無効となり、確認の利益が認められる限り株主は(あるいは何人でも)決議無効確認の訴えを提起できるものとされているが、これと別論であることはいうまでもない。
 - (102) 株主総会は株主自身を構成員とする機関であり、株主総会決議と取締役会決議とで株主が決議の無効について確認の利益を有する場合を異なって解釈するこ

との根拠は、この点にあるとみることができる (vgl., *Hoffmann-Becking*, aaO. (Fn.81), S.362 ; *Krämer/Kiefner*, aaO. (Fn.64), S.304)。

- (103) *Wiedemann, Herbert*, § 186 Rn.56, in : *Großkommertar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., Lfg. 5 (1995) ; *Peifer, Karl-Nikolaus*, § 186 Rn.55 u. 75, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 6, 2. Aufl. (2005). 連邦通常裁判所が引受権排除に正当化事由の存在を要求してきたゆえんである。
- (104) 平成17年改正前商法280条ノ10の差止請求権について、「アメリカ法上認められる『株主自身の権利にもとづく個人的訴権』をとりいれたものである」と説明されてきた (上柳他編『新版注釈会社法(7)』287頁〔近藤弘二〕(1987))。
- (105) 上柳他・前掲註(98)327頁以下〔岩原紳作〕, 同390頁〔小島孝〕。
- (106) 大阪地判昭28・6・19下民4巻6号886頁。「可否同数のときは議長の決するところによる」との取締役会規定に基づいてなされた新株発行の取締役会決議の無効確認が請求された事案である。判旨は、新株発行を有効であるとしながらも、「将来重ねて前示取締役会規定……が適用される事例の生ずることを防ぐために、本件取締役会決議の無効確認を求めておくだけの現実的必要がある」として確認の利益を認めた。
- (107) 判時1890号46頁 (裁集民215号1081頁)。
- (108) 青木哲「判批」民商133巻1号183頁, 187頁 (2005)。なお、同評釈は、さらに、本判決が確認の利益を、「法人の運営への関与及び運営の適正さについて社員が有する利益」によって基礎づけたものと論じる。しかし、判決は診療所の開設が当該法人の経営の根幹にかかわる重要事項であることを強調しており (理事選任決議についても同様である)、より具体的な社員の利益を確認の利益の基礎においたものと理解したい。